Bürgerliches Gesetzbuch:

Die Stellung des § 278 zu dem § 831

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

hohen Juristen-Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt

von

Karl Philipp,
aus Tiefenbach, Grossh. Baden.

ACAD. LIBRARY

Tübingen
Buchdruckerei von Gg. Schnürlen
1903.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen.
Referent: o. ö. Professor Dr. Wendt.

Literatur.

Ausser den Texten, Entwürfen und Motiven zum bürgerlichen Gesetzbuch wurden hauptsächlich benützt:

I. Spezielle Abhandlungen:
   1) Rümelin (Dr. M.), Die Gründe der Schadenszurechnung 1896.
   2) v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuchs 1898.
   3) Nussbaum (Dr. A.), Haftung für Hülfspersonen 1898.
   4) Linckelmann (Karl), Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen 1898.
   5) Brückner, Die privatrechtliche Haftung für das rechtswidrige Verhalten Anderer u. s. w. in der Zeitschrift »das Recht«, Jahrg. 1901 No. 12 ff.

II. Kommentare zum bürgerlichen Gesetzbuch:
   1) Planck 1. und 2. A. 1900.
   2) Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse.
   3) Meissner, Das Recht der Schuldverhältnisse.
   4) Schollmeyer (Friedrich) Band II 1900 [Hölder].

III. Lehrbücher des bürgerlichen Rechts:
   1) Dernburg (Dr. H.), Band II, 1 und 2 A. 1899.
   2) Endemann 6 A., Band I 1899.
   3) Engelmann 2 A. 1900.
   4) Cosack 3 A., Band I 1900.
   5) L. Enneccerus und H. O. Lehmann, Band I 1898.
   6) Kuhlenbeck, zweiter Teil 1899.
   7) Matthiass (Dr. B.) Band I 1899.
   8) Müller und Meikel Band I 1899.

Nachtrag: Zwischen der Zeit der Einsendung dieser Arbeit an die Fakultät und dem mündlichen Teile des Doktorexamens erschien ein neues Werk über »die Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden«. Ich meine die treffliche Schrift von Ernst Feder

(Berlin 1902). Es wird hier die Ansicht verteidigt, dass der § 278 weit ausgelegt werden müsse, und es werden vor allem die sog. Mittelmeinungen für unhaltbar erklärt. Als unmöglich sieht Feder aber auch die Richtung an, welche ich vertrete, dass nämlich § 278 nur die reine Vertragserfüllung betreffe. Er giebt sich allerdings nicht allzuviel Mühe, den letzten Satz zu beweisen — begreiflicherweise, denn vor mir hatte niemand sich offen auf den in meiner Dissertation vertretenen Standpunkt gestellt — und ich bin daher nichts weniger als bekehrt. Trotz dieser Verschiedenheit stimme ich doch mit Feder in manchem überein, so z. B. darin, dass keiner der §§ 278 und 831 dem andern subordiniert ist. (Feder S. 90).

Einleitung.

Ungezählte Streitfragen des Privatrechts sind mit dem Erscheinen unseres bürgerlichen Gesetzbuchs ins Grab gestiegen. Aber heute stehen wieder neue da in Hülle und Fülle über Unklarheiten oder Lücken im jungen Werke selbst. Man sollte nun meinen, dass die schon zur Zeit der Vorarbeiten am meisten umkämpften Materien jetzt die geklärtesten seien; aber nichts wäre falscher als das. So stand die »Haftung für fremde Schuld« im ärgsten Feuer, und doch gehen die Ansichten über § 278 in vieler Hinsicht auseinander.

Bestritten ist, ob er sich auf Verschulden bei der Eingehung von Schuldverhältnissen bezieht, oder nur bei bereits bestehenden Obligationen Anwendung findet, [1]) bestritten, was man unter »Verbindlichkeit« versteht, [2]) wenn man sich einer Person bedient, [3]) ob der Schuldner auch dann haftet, wenn er bei persönlicher Ausführung nur für culpa lata oder culpa in concreto einzutreten hätte. [4])

Frägt man aber gar nach der Art des Verschuldens der »Hilfspersonen«, so werden die verschiedenartigsten Meinungen laut.

---

1) Für Verschulden bei der Eingehung: Meisner zu § 278 III, Engelmann S. 204.

2) Sg. »unechte Verbindlichkeit« verteidigt von Nussbaum S. 52 ff.

3) Besonders hinsichtlich der sg. »präparatorischen Akte«, der negot. gestio u. s. w.

4) Dafür Planck zu § 278, dagegen Nussbaum S. 86 ff. Das Nähere siehe hinten zu § 278.

Die Einen verlangen ein Verschulden »in Ansehung der schuldnerischen Verbindlichkeit«,[1]) die Andern ein solches »in Erfüllung«,[2]) »bei Erfüllung«,[3]) »aus Anlass der Erfüllung«[4]) und »bei Gelegenheit der Erfüllung«.[5])

Die Verwirrung nimmt dadurch noch zu, dass manche Autoren unter dem gleichen Ausdrucke Verschiedenes, manche unter verschiedenen Ausdrücken Gleiches verstehen.

So ist »bei Erfüllung« von Nussbaum[6]) in einen Gegensatz gebracht zu »bei Gelegenheit«, während Oertmann[7]) »bei Ausführung« und »bei Gelegenheit« als gleichbedeutend verwendet.

Eine grosse Schwierigkeit bietet ferner die Abgrenzung der §§ 278 und 831 von einander. Je nach der Auffassung des »Verschuldens« in § 278 wird sie verschieden gelöst, und in der Wissenschaft werden daher auch glücklicherweise zwei ganz entgegengesetzte Meinungen vertreten: § 278 ist eine Ausnahme von § 831 sagt die eine,[8]) § 831 ist eine Ausnahme von § 278 lehrt die andere.[9]) Welche von beiden hat recht, oder sind am Ende alle zwei im Unrecht? Die Antwort hierauf zu finden ist das Ziel meiner Arbeit.

Die Lösung hängt hauptsächlich von der Auffassung des »Verschuldens« in § 278 ab, wie schon oben erwähnt wurde, ferner aber auch von der richtigen Auslegung des Wortes

---

1) Müller und Meikel Bd. I S. 165.

2) Enneccerus-Lehmann Bd. I S. 432 ff.

3) Brückner in der Zeitschrift »das Recht« J. 1901 S. 338, Cosack Bd. I S. 242 ff., Dernburg S. 144 ff. und Nussbaum S. 72 ff.

4) Rümelin S. 88.

5) Endemann Bd. I S. 496 ff., Kuhlenbeck Teil II S. 60 ff., v. Liszt S. 104 in der Anmerkung, Matthiass Bd. I S. 341. Genaueres zu Anm. 1—5 siehe hinten.

6) Nussbaum S. 73.

7) Oertmann zu § 278.

8) Herrschende Meinung vertreten von Nussbaum S. 72 in der Anm., v. Liszt S. 105 u. a.

9) Endemann Bd. I S. 496 ff.

»Dritter« in § 831; daher sind es diese zwei Punkte, die eingehend zu erörtern sind. Was sonst noch bestritten ist, hat streng genommen nur »innerparagraphischen« Wert, um mich modern auszudrücken und könnte folglich weggelassen werden. Wenn ich es trotzdem behandle — natürlich in aller Kürze und lediglich im Anschlusse an die herrschenden Meinungen — so bewegen mich dazu folgende Gründe:

1) Die Arbeit wird geschlossener.
2) Viele Punkte müssen so wie so zum Beweise herangezogen werden.
3) Die Gegenüberstellung der zwei §§ wird übersichtlicher.

Die Einteilung des Stoffes ist folgende:

Zuerst wird der verhältnismässig leichte § 831 behandelt und hierbei besonders untersucht, was man unter »Dritter« versteht. Hernach gehe ich über zu § 278 und zu der berühmten Frage über das Verschulden der »Hilfspersonen«. Es sind darzustellen die vertretenen Meinungen, ihre Folgen und daraus ihre Unhaltbarkeit, die von mir vertretene Ansicht mit den Gründen für und wider.

Den Schluss bildet eine übersichtliche Zusammenfassung des Ergebnisses.

Bemerken will ich noch, dass ich jede geschichtliche Einleitung z. B. über »die Entwickelung der Haftung für fremde Schuld« oder über ähnliche Dinge bei meiner so speziell gefassten Aufgabe als vollkommen überflüssig erachte. Erstens käme dabei höchstens eine Zusammenstellung längst bekannter Thatsachen heraus, da ein Eindringen, das tief genug wäre, um auf diesem Gebiet Neues zu finden, ausserordentlich viel Zeit erforderte. Zweitens hat meine Aufgabe mit der Geschichte direkt nichts zu thun, wenn ich auch gelegentlich eines Beweises u. dgl. m. auf historische Momente eingehen werde. Wer sich über die Lehre von der Schadenszurechnung gründlich orientieren will, den verweise ich auf das

am Eingang unter »Literatur« citierte Buch von Rümelin. Ferner giebt uns Nussbaum im ersten Kapitel seiner ebenfalls oben angeführten Abhandlung eine eingehende Darstellung über die Haftung für Hilfspersonen im alten Recht. Kurze Schilderungen allgemeineren Charakters finden sich überdies in fast allen Lehrbüchern und Kommentaren.

I. § 831.

Im Entwurf I zum bürgerlichen Gesetzbuche war der Inhalt des jetzigen § 831 auf zwei §§ verteilt: Es wurde die Pflicht des Bestellers zur Beaufsichtigung der bestellten Person, »soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert« (§ 711 E I) und zur Auswahl einer geeigneten Person festgesetzt (§ 712 E I). Verstiess der Besteller hiergegen, so haftete er »für den Ersatz des Schadens, welchen die bestellte Person durch eine in Ausführung ihrer Verrichtungen begangene unerlaubte Handlung einem Dritten zugefügt« hatte. In der zweiten Kommission wurden die beiden §§ zu einem zusammengezogen, der fast die gleiche Fassung hatte wie jetzt § 831:[1]) Verschwunden war die besondere Festsetzung einer Aufsichts- bezw. Auswahlpflicht. Unter den wuchtigen Keulenschlägen Gierkes[2]) hatte »der Popanz des ordentlichen Hausvaters« wie überall im B.G.B. so auch hier Fersengeld gegeben. Eines aber war geblieben, das römische Verschuldungsprinzip. Nur für eigene Schuld soll der Geschäftsherr haften, für culpa in eligendo und in custodiendo.[3]) Allerdings ist durch die Umkehrung der Beweislast seine Lage gegenüber dem ersten Entwurf wesentlich verschlechtert.

---

1) Die Worte »durch Vertrag« in Abs. 2 wurden erst durch die Reichstagskommission hineingebracht.

2) Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht S. 1 ff.

3) Im Gegensatz zum code civil art. 1384.

Der § 831 des bürgerlichen Gesetzbuchs lautet:

»Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.[1]) Es ist hierüber Folgendes zu bemerken:

a) Die Verrichtung kann sowohl tatsächlicher als rechtlicher Art sein.[1]) Also ist die Magd zu einer »Verrichtung« bestellt ebensogut, wenn sie die Schweine füttern soll, als wenn sie den Auftrag hat, beim Krämer Zucker zu holen oder die Schneidersrechnung des Herrn zu bezahlen.

b) Einig ist man auch so ziemlich darüber, wer ein »Bestellter« ist. »Jedenfalls ist nach dem Grundgedanken der Vorschrift daran festzuhalten, dass ein Verschulden des Geschäftsherrn denkbar sein muss«,[2]) mit andern Worten, »dass eine Prüfung der Zuverlässigkeit möglich und nach der Ansicht des gesunden und normalen Verkehrs erforderlich ist«.[2]) Es gehört also nicht unter § 831 »das Verhältnis des Kranken zu dem von ihm »bestellten« Arzt«, das des Hausherrn zu der selbstän-

---

1) A. 2 M. W. unbestritten.

2) Planck zu § 831 Z. 2a.

digen Waschfrau, das des Fahrgastes zum Drotschkenkutscher«,[1]) »das des Klienten zu seinem Anwalt.«[2])

Vor allem aber ist von dem gesetzlichen Vertreter kein Wort gesagt. Das Mündel haftet also für die Delikte seines Vormundes nicht nach dem § 831.

c) Der Schaden muss vor dem Bestellten »in Ausführung der Verrichtung« einem Dritten zugefügt sein. »Die Auferlegung der Haftung für die bei den Verrichtungen oder bei Gelegenheit derselben begangenen unerlaubten Handlungen erschien zu weitgehend«.[3])

Wann handelt jemand »in Ausführung der Verrichtung«?

»Die schädigende Handlung muss mit der Ausführung der Verrichtung in einem innern Zusammenhang stehen«, »sie muss in den Kreis derjenigen Verrichtungen gehören, welche die Ausführung des Auftrags darstellen«.[4]) So haftet z. B. der Metzgermeister für seinen Burschen, wenn er ihn in der Stadt herumradeln lässt, um den Kunden Fleisch zu bringen, und der Bursche dabei fahrlässigerweise ein Kind umfährt und verletzt. Nicht so einfach ist die Sache bei vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen, wo man oft sehr zweifelhaft sein kann, ob sich der Bestellte noch »in Ausführung« befindet.[5])

---

1) Cosack Bd. I S. 602.

2) Planck zu § 831.

3) Siehe auch Motive II 736.

4) Citate bei Planck zu § 831.

5) Die Frage nach der Abgrenzung im Einzelnen interessiert uns hier nicht, ich glaube aber, dass man in den meisten Fällen nach folgendem Schema wird entscheiden können:

α) Der Bestellte hat bei Begehung der dolosen Handlung die »Ausführung der Verrichtung« noch im Auge: Der Pferdeknecht rennt vorsätzlich mit seinem schweren Wagen einen kleinen Handkarren um, damit er schneller vorbeikommt. Hier wird nach § 831 zu haften sein.

β) Das Delikt als solches war dem Thäter Zweck: Der Knecht sub α fährt

d) Der Bestellte braucht den Schaden nur objektiv »widerrechtlich« zuzufügen, er kann also sehr wohl unschuldig sein, z. B. dann, wenn ihn der Besteller schlecht instruiert hatte.[1])

Daher gehören zu den »Bestellten« des § 831 auch »Deliktsunfähige«, während der »Geschäftsherr« bei der Auswahl, Aufsicht u. s. w. notwendigerweise deliktsfähig sein muss. § 831 regelt eben nicht Haftung für fremde Schuld, sondern Haftung für eigene, die allerdings vermutet wird. Diese Schuld besteht in dem vorsätzlichen oder fahrlässigen Nichtbefolgen der Anordnungen des Abs. 1 S. 2. Weist der Besteller nach, dass er hiergegen nicht verstossen hat oder dass der Schaden so wie so entstanden wäre, so ist er befreit.

e) Der Abs. 2 des § 831 behandelt die Haftung des »Geschäftsführers«. Über das Nähere hierzu siehe Planck § 4 zu § 831.

f) Es bleibt nun noch die Beantwortung der wichtigen Frage übrig: Wer ist ein »Dritter« im Sinne des § 831? Nach der herrschenden Meinung ist unter einem »Dritten« jeder Mensch zu verstehen mit Ausnahme des Bestellers, des Bestellten und des etwaigen Gläubigers, falls nämlich die »Verrichtung« in der »Erfüllung einer Verbindlichkeit« be-

---

vorsätzlich auf die andere Seite des Weges, um den dort stehenden X, seinen persönlichen Feind, zu verletzen. Diese Handlung hat mit dem Auftrag nichts mehr zu tun, und man wird deshalb keine Haftung nach § 831 eintreten lassen.

1) Den Beweis hierfür finden die Autoren in § 840 B.G.B.: »Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 831, 832 zum Ersatze des von einem Andern verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der Andere für den Schaden verantwortlich. . .«. Es werde also vorausgesetzt, dass eben der »Andere« u. A. nicht verantwortlich sei. So z. B. Planck zu § 831, Enneccerus-Lehmann Bd. I S. 775, v. Liszt S. 102, Oertmann zu § 831 Z. 2c und Andere.

Der § 840 enthält aber noch einen neuen Beweis für diese Auslegung auf den m. W. noch niemand hingewiesen hat. Er gebraucht das Wort »verursacht« und stellt dabei die §§ 831 und 832 (Minderjährige!) nebeneinander.

steht«.[1]) Ich kann wohl sagen, dass mir noch nichts unverständlicher gewesen ist, als eine so willkürliche Einschränkung des Wortes »Dritte«. Wie kommt man denn dazu, den Gläubiger auf einmal zu erwähnen? Der § 831 steht bei den Delikten und kümmert sich um Vertragsverhältnisse besagter Art gar nichts. Ausser dem Besteller und dem Bestellten ist daher jeder beliebige Geschädigte ein »Dritter« mag er nun zufällig der Gläubiger auf die »Verrichtung« sein oder nicht.

Meine Ansicht wird durch Folgendes bestätigt:

1) Das bürgerliche Gesetzbuch verwendet den Ausdruck »Dritter« nicht an einer Stelle in einem so engen Sinne, wie es die herrschende Meinung tut. Immer sind unter »Dritte« mindestens alle die Personen verstanden, von denen die betreffende Materie nicht ausdrücklich als Beteiligten handelt. Ich sage mindestens, denn es können unter »Dritten« auch noch Beteiligte mitumfasst sein. So spricht § 829 von einem »aufsichtspflichtigen Dritten«, § 832 von dem »geschädigten Dritten«. Niemals aber tritt das Umgekehrte ein, dass nämlich jemand, von dem überhaupt nicht gesprochen wird, von den »Dritten« abzurechnen ist.[2])

§ 831 aber denkt, wie oben gesagt, gar nicht an Verträge, geschweige denn erwähnt er sie. Er behandelt im Gegenteil rechtliche und tatsächliche Verrichtungen unter einem Hut, vor ihm giebt es nur Handlungen, die widerrechtlich Schaden herbeigeführt haben. Personen die geschädigt worden sind. Anders, wie wir später sehen werden § 278.

2) Das Wort »Dritter« ist bei den Delikten — sofern

---

1) So u. a. v. Liszt S. 105, Kuhlenbeck Teil II, S. 62 ff., Dernburg Bd. II, S. 623 Sie sprechen dies allerdings nur indirekt aus.

2) Vergleiche die §§ 328—335, 353, 362 A_2, 365, 414, 415 u. s. w. Eine scheinbare Ausnahme ist § 408, da er den »Dritten« dem cedeus und dem cessus entgegensetzt, die genannt sind, aber offenbar auch den nicht erwähnten »neuen Gläubiger« ausschliesst. Aber hier ist das Wort »Dritte« beschränkt durch »nochmals«; also ist auch der neue Gläubiger ein »Dritter«.

es soviel heisst, wie Geschädigter — einfach an die Stelle der gewöhnlichen Ausdrücke »Anderer«, »Verletzter« getreten und zwar überall da, wo zwei schadensersatzpflichtige Personen in Betracht kommen. So in den §§ 828 verglichen mit § 832, 833 und 834, 839, 840 (Staat und Beamter!) und (last not least) in § 831 im Verhältnis zu den §§ 823—826.[1])

Mithin muss »Dritter« auch dasselbe bedeuten, was früher »Verletzter« u. s. w. hiess und lediglich um eine Person enger sein, nämlich um den andern Ersatzpflichtigen. Wir brauchen daher nur zu prüfen, was der § 823 unter dem »Andern« versteht, um sogleich zu wissen, wer ein »Dritter« nach § 831 ist. Ein »Anderer« kann jeder sein, ausser dem Täter selber, lautet die Antwort, also kann ein »Dritter« in § 831 jeder sein, ausser dem Besteller und dem Bestellten.

Ich glaube, dass sich meine Ansicht aus § 831 und aus der Lehre von den Delikten heraus nicht leicht wird widerlegen lassen. Ob der später zu behandelnde § 278, aus dem heraus die Autoren auf die eigenartige Meinung über § 831 kamen, gegen mich ist, wird sich zeigen. Ein Schriftsteller scheint jedenfalls die von mir vertretene Ansicht auch zu haben, nämlich Planck. Er bringt zu § 831 ein interessantes Beispiel, um zu zeigen, was »in Ausführung« bedeute: »Es haftet also z. B. ein Handwerker, wenn seine Leute bei der Ausführung einer Malerarbeit in einem fremden Hause die Tapeten und Möbel beschmutzen«. Die Tapeten und Möbel gehören aber doch wohl dem Vertragsgegner, dem Gläubiger auf die »Verbindlichkeit«, also ist von Planck der Gläubiger auch unter die Leute gerechnet, die als »Dritte« wegen widerrechtlicher Schädigung gegen den Geschäftsherrn vorgehen können. Das Beispiel liesse sich allerdings für den Notfall

---

1) v. Liszt S. 101: »Der § 831 stellt keine neue Deliktsart auf, sondern erweitert nur den Kreis der haftbaren Personen. Es muss mithin durch die Handlung des Bestellten einer der in den §§ 823 bis 826 beschriebenen Tatbestände verwirklicht worden sein.«

auch anders auslegen, und ich würde auch gar nicht daran kleben, wenn der erwähnte Schriftsteller nicht auch in § 278 eine von der überwältigenden Mehrheit der Juristen abweichende Stellung einzunehmen schiene. [1])

Hiermit haben wir die Besprechung des § 831 zu Ende geführt, und wollen das Ergebnis noch einmal kurz zusammenfassen:

α) Die »Verrichtung« kann rechtlicher und tatsächlicher Art sein.

β) Für gesetzliche Vertreter und für nicht »bestellte« Personen haftet man nicht nach § 831.

γ) Man haftet stets für eigenes Verschulden, wobei man allerdings den Beweis der Unschuld zu führen hat; daher muss der Besteller bei der Auswahl u. s. w. deliktsfähig sein.

δ) »Widerrechtlich« ist objektiv widerrechtlich; also ist Unschuld des »Andern« möglich, folglich auch Deliktsfähigkeit seinerseits nicht nötig.

ε) »Dritter« ist jeder, ausser dem Besteller und dem Bestellten, vor allem auch ein etwaiger Gläubiger.

II. § 278.

Teil I: Allgemeines und Nebenfragen.

Der jetzige § 278 ist entstanden aus dem Absatz 2 des § 224 E I.

Letzterer verpflichtete in seinem Absatz 1 den Schuldner zur vollständigen Bewirkung seiner Leistung und liess ihn haften »nicht blos wegen vorsätzlicher, sondern auch wegen fahrlässiger Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit«. Der Absatz 2 lautete sodann: »Der Schuldner haftet in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens seines gesetzlichen Vertreters, sowie wegen des Verschuldens derjenigen Personen,

1) Planck Z. 3 zu § 278.

deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient. Im Entwurf II wurde der abgeänderte Absatz 2 § 224 zum § 234, in der Reichstagsvorlage nach einer abermaligen kleinen Umwandlung zum § 272, der dem heutigen § 278 völlig gleich war.

Warum hat man dem § 278 nicht seine alte Form gelassen?

Rümelin[1]) und nach ihm Kuhlenbeck[2]) glauben, es sei »in der zweiten Lesung, und entsprechend in der späteren Fassung ein weiterer Ausdruck gewählt worden,[3]) offenbar absichtlich. Es sollte keine Beschränkung auf Erfüllungshandlungen stattfinden«. Ich behalte mir die Besprechung darüber, was »in Ansehung der Erfüllung« heisst, vor, will aber gleich hier bemerken, dass in den »Protokollen der Kommission für die zweite Lesung« Bd. I S. 304 zu § 224 geschrieben steht: »Der [Absatz 1 S. 3 und] der Absatz 2 wurden sachlich nicht beanstandet«. Eine Ausdehnung der Haftung aber würde man doch wohl als sachliche Änderung angesehen haben.[4]) Die Umwandlungen waren vielmehr rein stilistischer Natur. So wurde z. B. aus dem in das Gebiet der unerlaubten Handlungen verwiesene Wort »haften« das Wort »vertreten«.[5])

Der § 278 lautet:

»Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters, sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung

---

1) Rümelin S. 88.

2) Kuhlenbeck S. 62 und 63.

3) Es handelt sich um das Ausfallen der Worte: »Haftet in Ansehung der Erfüllung«.

4) Man scheint auch damals kein Bedürfnis nach weiterer Haftung empfunden zu haben. So sagt Gierke, der Entwurf S. 149: »der alte § 224 wird in allen Beurteilungen mit freudiger Zustimmung begrüsst«.

5) Siehe Nussbaum S. 74, wo auch noch der Grund angegeben ist, dass man in der Haftung für den gesetzlichen Vertreter die frühere Beschränkung »für formell überflüssig erachtete«. [Sollte sie materiell bleiben? d. V. Siehe dazu später].

seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Absatz 2 findet keine Anwendung.«

a) Was sind gesetzliche Vertreter? »Gesetzliche Vertreter sind solche, deren Vertretungsmacht auf einer Rechtsregel schlechthin beruht«.[1])

Man denkt dabei hauptsächlich an den Inhaber der elterlichen Gewalt, an Vormünder u. dgl. m.[2]) »Eine Stellvertretung, die auf Rechtsgeschäft beruht, steht der gesetzlichen Vertretung in der hier fraglichen Beziehung nicht gleich. Der rechtsgeschäftliche Vertreter kommt nur in Betracht als eine Person, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient».[3]) Beim gesetzlichen Vertreter musste diese Regel aufgestellt werden, denn der Unmündige könnte sich, rechtlich gesprochen, seines Vormundes niemals »bedienen«, brauchte daher auch nie für dessen Verschulden einzutreten, trotzdem das Mündelvermögen alle Vorteile der kräftigen Leitung hätte.[4]) Der gesetzliche Vertreter einer Person ist deshalb ohne weiteres »berechtigt und verpflichtet«, diese auch in Betreff der Erfüllung ihrer Verbindlichkeit zu vertreten«.[5])

Der Vorstand einer juristischen Person hat »die rechtliche Stellung eines gesetzlichen Vertreters« (§ 26 B.G.B.). Er ist aber nicht gesetzlicher Vertreter, da er

---

1) Enneccerus-Lehmann Bd. I S. 194—195; hier sind eine ganze Reihe von »gesetzlichen Vertretern« aufgezählt.

2) Vor Allem gehört auch hierher der geschäftsführende Socius einer offenen Handelsgesellschaft (§ 125 H.G.B.), dagegen nicht der Gesellschafter des B.G.B., denn er bedarf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vollmacht (Oertmann zu § 278), ist also nur ein »gewillkürter« Stellvertreter.

3) Planck zu § 278 Z. I.

4) Siehe z. B. Schollmeyer zu § 278a.

5) Planck zu § 278. Derselbe sagt ferner: »Ist die Vertretung nur eine teilweise [z. B. in § 1357 B.G.B. d. V.], so muss sie denjenigen Teil des Vermögens betreffen, zu welchem die betreffende Verbindlichkeit gehört«.

kein willenloses Subjekt vertritt, sondern das Willensorgan eines willensfähigen Subjekts ist«.

b) Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient.

Uns interessiert hier nicht der Streit um den negotiorum gestor,[2]) den substitutus[3]) und andere Dinge mehr,[4]) sondern wir wollen nur feststellen, dass »Hilfspersonen« auch Leute sein können, die in Bezug auf die Verrichtung in gar keinem Unterordnungsverhältnis zum Schuldner stehen.[5]) Ich nenne nur den mit der Erfüllung meiner Verbindlichkeit betrauten Freund, Dienstmann u. s. w., Personen, die sicherlich nicht zu den »Bestellten« des § 831 gehören.

c) Bestritten ist auch die Frage, was eine »Verbindlichkeit« sei. Nussbaum hat hier den Begriff »echte« und »unechte« Verbindlichkeit aufgestellt, eine Unterscheidung, die von den meisten Autoren bekämpft wird.[6]) Eben-

---

1) Enneccerus-Lehmann Bd. I S. 86, Anm. 1. Diese Auffassung der juristischen Person kann als die heute herrschende angesehen werden, namentlich hat sie das B.G.B. angenommen. Anders das römische Recht, für das die Handlungsunfähigkeit verteidigt wurde. Siehe z. B. Wendt, Lehrbuch der Pandekten S. 57; Windscheid Bd. I S. 132—133.

2) Nussbaum S. 66, Dernburg Bd. II S. 144 ff.

3) Für Haftung des Schuldners: Nussbaum S. 68; dagegen Enneccerus-Lehmann Bd. I S. 432 ff.

4) Z. B. darüber, ob Personen, die lediglich »eine Bedingung der Schulderfüllung« verwirklichen, wie der Kutscher, welcher den Arzt zu dem in des letzteren Behandlung stehenden Kranken führt, unter § 278 fallen. Siehe Nussbaum S. 66 und 67, Dernburg Bd. II S. 144 ff., Oertmann Z. 3c zu § 278, Planck Z. 2 zu § 278.

5) Anders, wie gesagt § 831, der ein Herrschaftsverhältnis verlangt. Nussbaum S. 45.

6) Nussbaum S. 52 ff. glaubt, dass nicht jede »Verpflichtung« schon eine »Verbindlichkeit« sei, sondern nur die »Verpflichtung zu einer Leistung«, wobei er natürlich genau untersuchen muss, was leisten bedeutet. Sein S. 61 aufgestelltes »Prinzip« lautet: »Wenn eine Aufbewahrungs-, Instandhaltungspflicht und dergl. lediglich eine Nebenerscheinung, gewissermassen die Kehrseite eines Gebrauchs- oder Nutzungsrechts ist, gelangt hinsichtlich der Ge-

so erging es einer andern Ansicht desselben Schriftstellers, die auch die Leistungspflicht, welche »das Korrelat eines dinglichen Anspruchs ist«, unter § 278 gerechnet wissen will. [1])

d) Der § 278 lässt den Schuldner fremdes Verschulden vertreten ohne Rücksicht auf eigene culpa in eligendo u. s. w. Die »Hilfsperson« muss also unter allen Umständen deliktsfähig sein. Aber das Wort »Sich bedienen« setzt auch Handlungsfähigkeit auf Seiten des Herrn voraus.

Strengere Haftung als die in § 278 festgesetzte tritt ein, wenn die Zuziehung dritter zur Erfüllung der Verbindlichkeit gar nicht gestattet war. Siehe hierüber Planck zu § 278 Z. 2.

Nur für culpa in eligendo ist einzutreten in den §§ 664 und 691 B.G.B., wo es sich aber auch nicht um Gehilfen handelt.

e) Bestritten ist, ob der Schuldner in den Fällen, wo er bei persönlicher Erfüllung nur für culpa lata oder culpa in concreto einzutreten hätte, für fremdes Verschulden überhaupt in Anspruch genommen werden kann. [2])

Teil II. Welches Verschulden der Hülfspersonen u. s. w. hat der Schuldner zu vertreten?

A. Wie schon am Eingang der Arbeit erwähnt wurde, herrschen über diese Frage die verschiedenartigsten Ansichten. Doch lassen sie sich in zwei Klassen einteilen:

---

hilfenhandlung § 278 nicht zur Anwendung«. So haftet z. B. dem Hausherrn nicht der Mieter, dessen Dienstboten die Wände beschädigten. Ähnlicher Ansicht Dernburg Bd. II S. 144 ff. Dagegen Planck zu § 278 Z. 2, Oertmann zu § 278 Z. 3.

1) M. W. von niemand angenommen.

2) α) Für unbedingte Ablehnung: Nussbaum S. 88 ff., zweifelhaft Oertmann zu § 278 in fine.

β) Angenommen bei culpa in concreto: Dernburg Bd. II S. 144 ff., Schollmeyer zu § 278.

γ) Haftung sowohl bei culpa lata als auch bei culpa in concreto: Planck Z. 2 zu § 278.

Solche, welche nur ein Verschulden »in Ausführung der Leistungspflicht« als unter § 278 gehörig betrachten und solche, die die Haftung auf weitere Handlungen ausdehnen wollen. [1])

1) Ich beginne mit der letzteren Ansicht; einer ihrer Hauptverteidiger, Kuhlenbeck, führt S. S. 62 und 63 folgendes aus: Der Schuldner müsse einstehen nicht nur für ein Verschulden der andern Personen in der Mitwirkung zur Erfüllung der Leistung, also »in der Ausführung der Leistungspflicht«, sondern der § 278 umfasse auch die Fälle, wo es sich um schuldhafte (deliktische, ausserkontraktliche) Schadensstiftung handle, welche die fremden Personen nicht in Ausführung, sondern nur bei Gelegenheit derselben zufügten. Dies gehe schon aus dem Wortlaut hervor; während der § 831, der die Haftung für Verschulden Angestellter und Gehilfen nicht gegenüber dem Gläubiger, sondern gegenüber dritten

1) Über »Haftung in Ansehung« siehe später.

2) Eine im Grossen und Ganzen ähnliche Ansicht vertritt v. Liszt S. 105, der für den § 278, »soweit er reicht, soweit es sich also um Vertragsverhältnisse handelt«, »uneingeschränkte Anwendung« fordert; § 831 soll dagegen nur »ausserhalb der Vertragsverhältnisse« gelten. Anerkannt wird S. 104, dass »die Rechtsprechung Schwierigkeiten haben wird, um die richtige Grenze zu finden«. Für die weite Auslegung ferner Matthiass Bd. I S. 340 und 341 ohne nähere Begründung. Auch Endemann Bd. I S. 496 ff. will den § 278 nicht auf Erfüllungshandlungen beschränkt sehen. Sagt er doch unter Z. III: »Für den Diebstahl, die betrügerischen Manipulationen u. s. w. der Gehilfen muss der Herr einstehen». Der Art. 1384 C.C., den man bei § 278 zum Muster genommen habe, handle überhaupt nur von unerlaubten Handlungen. [Über diese Frage später. D. V.]. Aber er legt den § 278 dadurch lahm, dass er ihm den § 831 als »einschneidende Ausnahme« vorgehen lässt. In dieser Auffassung steht er meines Wissens ganz allein; direkt bekämpft wird er von Nussbaum S. 73 in der Anmerkung und von v. Liszt S. 104—105.

Nicht ganz klar spricht sich Oertmann aus. Einesteils lässt er Handlungen vertreten, die — ohne weitere Beschränkung — auch der weitesten Auslegung Ehre machen würden; z. B. soll der Herr einstehen nach § 278, wenn der Gehilfe bei der Arbeit eine brennende Cigarre weg wirft, und das Haus in Brand gerät. Andrerseits geht ihm Rümelin, der im obigen Falle m. E. nur unter gewissen Bedingungen haften liesse, zu weit. Ausserdem

Personen[2]) regele den Zusatz aufgenommen habe »in Ausführung der Verrichtung«, kenne § 278 diesen Zusatz nicht. Der erste Entwurf spreche nur von einer »Haftung in Ansehung der Erfüllung«, in der späteren Fassung sei offenbar absichtlich ein weiterer Ausdruck gewählt worden.

Eines Schriftstellers muss ich hier gedenken, der zwar für eine weite Auslegung des § 278 eintritt, den man aber unrichtigerweise zusammen mit den oben behandelten Anhängern des Verschuldens »bei Gelegenheit der Erfüllung« nennt,[1]) ich meine M. Rümelin.[2]) Er verlangt Ausdehnung der Haftung auf alle Fälle, »in denen die Erfüllung der Obligation Anlass zu einer Beschädigung des Gläubigers giebt, und in denen zugleich durch die Benützung des Angestellten die Gefahr einer derartigen Beschädigung begründet war«. Diese Auslegung ist entschieden enger als die, welche sich schlankweg mit »Verschulden bei Gelegenheit« begnügt. Nach Rümelin würde der Küfer haften, wenn sein Bursche bei der Arbeit im Keller des X dem X eine Flasche Wein entwendete (generelle Voraussehbarkeit!), der Schneider aber, dessen Geselle in der Wohnung des Y, eines in der ganzen Stadt als Abstinenzler gepriesenen Mannes, zufällig dem Gerüchte zum Trotz eine Flasche Wein entdeckte und sie mitgehen hiesse, wäre frei. Nach v. Liszt und Kuhlenbeck müsste in beiden Fällen der Schuldner eintreten.

Rümelin bringt neben den von Kuhlenbeck u. s. w. angeführten Gründen für eine weite Auslegung hauptsächlich Folgendes vor: Die ratio der Gefährdungshaftung, die hier ihre »treibende Kraft« äussern, spreche für seine Interpretation. »Der Prinzipal würde für die generell voraussehbaren Gefahren,

---

setzt er unter § 278 Z. 3 die zwei Ausdrücke »gelegentlich« und »bei Gelegenheit« einander entgegen.

1) Besonders von Nussbaum S. 73, Kuhlenbeck Teil II S. 62, v. Liszt S. 104 in der Anmerkung.

2) Rümelin S. 88.

die aus der Benützung des Gehilfen hervorgehen, zu haften haben«.

2) Gegen die unter Z. 1 vertretenen Meinungen, insbesondere gegen M. Rümelin wendet sich Nussbaum,[1]) den man als den Hauptvertreter der Haftung für ein Verschulden »in Ausführung der Leistungspflicht« betrachten kann, wenn auch der von ihm gebrauchte Ausdruck »bei Erfüllung« etwas irreführen könnte. Nussbaum sagt: »Nicht jede Schädigung, welche eine Hilfsperson dem Gläubiger zufügt, kann den Schuldner zum Ersatz verpflichten. Vielmehr muss erstens eine bestimmte Beziehung zwischen der konkreten Obligation und der schädigenden Handlung obwalten; der Gehilfe sowie der Gegenstand des Schadens müssen sich nämlich, kurz gesagt, innerhalb der Obligationssphäre befunden haben. Ausserdem muss nach der positiven Vorschrift des Gesetzbuchs die Handlung des Gehilfen auf einem Verschulden beruhen«.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so kommt nach der weitern Ausführung Nussbaums nicht mehr § 831 für die Haftung des Prinzipals in Betracht, sondern § 278. Letzterer ist eine besondere, lediglich auf den Fall eines zwischen Prinzipal und Verletzten bestehenden obligatorischen Bandes berechnete Norm gegenüber den allgemeinen Bestimmungen des § 831. § 278 geht daher dem § 831 vor.

a) Der Gehilfe muss innerhalb der Obligationssphäre tätig geworden sein, mit andern Worten, er muss »bei der Erfüllung« der Verbindlichkeit seines Herrn gegen die ihm obliegende Sorgfalt gefehlt haben und nicht nur »bei Gelegenheit der Erfüllungshandlung«.[2]) Nuss-

---

1) Nussbaum S. 72 ff.

2) Der »Grundgedanke« des § 278 ist nach Nussbaum S. 73 folgender:

Das Verschuldungsprinzip bietet dem Gläubiger wegen der im modernen Verkehr so ausserordentlich häufig gewordenen Gehilfenzuziehung keine ausreichende Gewähr für die ordnungsmässige Herstellung des von ihm erstrebten ökonomischen Effektes. Die damit verbundene Verschlechterung der tatsäch-

baum ist der Ansicht, dass der § 278 nicht auf einem Prinzip beruht,[1]) sondern einen Kompromiss vieler Meinungen darstellt und führt auch sonst eine Reihe von Gründen gegen eine extensive Interpretation an.[2]) Er kommt zu dem Ergebnis, dass der Geschäftsherr nur dann aus § 278 belangt werden könne, wenn der Gehilfe »unmittelbar bei der Ausführung der Erfüllungshandlungen« ein Verschulden begangen habe, mit andern Worten, wenn die dem Gehilfen zur Last gelegte Tat sich als eine Verletzung der oben erwähnten besonderen Sorgfalt darstelle. Bei fahrlässigen Handlungen seien diese Voraussetzungen gegeben, sobald die Schadenszufügung sich auf das »Misslingen einer Erfüllungshandlung« zurückführen lasse. Bei vorsätzlichen Handlungen müsse man fragen, ob der Deliquierende seinem Gesamtverhalten nach noch als Hilfsperson zu betrachten sei, oder ob der Deliktswille so überwiege, dass das Gehilfenverhältnis gegen ihn ganz zurücktrete.

b) Nicht nur der Gehilfe muss »innerhalb der Obligationssphäre thätig geworden sein«, »sondern auch der Gegenstand des Schadens muss sich innerhalb der Obligationssphäre befunden haben«. Nussbaum führt folgendes Beispiel an: »Jemand wird von einem Lastwagen überfahren, auf welchem sich eigene, zum Transport bestimmte Waren des Verletzten befinden«. Hier könne man den Prinzipal des Kutschers nur nach § 831 haften lassen, trotzdem sich der Fuhrmann die

---

lichen Lage des Gläubigers will § 278 gewissermassen neutralisieren, indem dem Schuldner die Garantie dafür auferlegt wird, dass seine Gehilfen die Leistung mit aller durch die Umstände gebotenen Sorgfalt ausführen. Führen sie die Leistung nicht in dieser Weise aus, oder, anders ausgedrückt, verstossen sie bei der Erfüllung der Verbindlichkeit ihres Prinzipals gegen die ihnen obliegende Sorgfalt, so haftet letzterer.

1) Nussbaum S. 48–49, Dernburg Bd. II S. 144 ff.

2) Nussbaum S. 74–80.

Fahrlässigkeit unmittelbar bei der »Ausführung der Erfüllungshandlung« habe zu Schulden kommen lassen. Dies erkläre sich daraus, dass das Gesetz in § 278 den Gläubiger nur gegen die Gefährdungslage sichern wolle »die dadurch für ihn entstehe, dass der Gehilfe regelmässig, um die Obligation seines Prinzipals erfüllen zu können, in eine nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses näher zu bestimmende Berührung mit der Rechtssphäre des Gläubigers treten müsse«. [1])

B. Hiermit haben wir die Darstellung der verschiedenen Auffassungen des »Verschuldens« in § 278 beendet. Wir sehen, dass die eine Gruppe nur »Erfüllungshandlungen« vertreten lässt — ob solche vorhanden sind, entscheidet allerdings bei dolus das Gesamtverhalten, nicht die einzelne Bewegung —, die andere dagegen Haftung verlangt für jedes Verschulden »bei Gelegenheit« oder auch »aus Anlass der Erfüllung«. Im Grunde haben die beiden Ansichten, so sehr sie sich bekämpfen, doch vieles Gemeinsame: Einmal gehen sie alle zwei von der Voraussetzung aus, dass die §§ 278 und 831 ineinander greifen, ob nun § 278 als Ausnahme zu § 831 gedacht ist, oder § 831 als Ausnahme zu § 278. Sodann kreuzen sich die Meinungen nicht etwa, sondern die weitere umfasst einfach die engere vollständig mit. Was also Nussbaum fordert, Haftung für Erfüllungshandlungen, das

---

1) Nussbaum S. 82: »Aber auch nur gegen diese Gefährdung will das Gesetz letzteren (= den Gläubiger) schützen. Soweit sich dagegen unabhängig von den Zwecken der Erfüllungshandlungen, namentlich rein zufälliger Weise tatsächliche Beziehungen zwischen Gläubiger und Gehilfen bilden, anders ausgedrückt, soweit sich diese Beziehungen nicht als regelmässige und notwendige Begleiterscheinung der Erfüllungshandlung nach den Begriffen des Verkehrs darstellen, kann der Schuldner auch nicht ex contracta auf Schadensersatz belangt werden.

Andere Autoren, die für Verschulden »bei der Erfüllung« eintreten, sind Dernburg Bd. II S. 144 ff., Cosack Bd. I S. 242, Brückner in der Zeitschrift das »Recht«, 1901 Nr. 12 ff. Für Verschulden »in Erfüllung« tritt ein Enneccerus-Lehmann Bd. I S. 433.

wollen auch Rümelin, v. Liszt, Kuhlenbeck u. s. w. Nur begnügen sich die Letzteren nicht damit, sondern verlangen Ausdehnung auf noch mehr Fälle.

Alle von mir genannten Schriftsteller sind daher für Anwendung des § 278 wenigstens dann, wenn die »Hilfsperson« durch eine Erfüllungshandlung dem Gläubiger schuldhafterweise Schaden zufügt, gleichgültig, ob das Leistungsobjekt selbst beschädigt wird oder eine andere Sache. Der Mezgermeister hätte demgemäss nach § 278 einzustehen, nicht nach § 831, ebensogut wenn sein Bursche beim Hereintragen des Fleisches in die Küche fahrlässig mit dem Brett eine Schüssel zerschläge, als wenn die »Ware« zu spät oder verunreinigt abgeliefert würde.

Gerade dieses Gemeinsame in den Ansichten erleichtert mir die Kritik bedeutend. Ich kann alle Schriftsteller unter dem einen Gesichtspunkt zusammen betrachten und zu würdigen suchen. Ob eine Auslegung haltbar ist oder nicht, ergiebt sich in erster Linie durch Prüfung der notwendig sich aus ihr ergebenden Konsequenzen; sind letztere widersinnig, so braucht man sich auf Beweise gar nicht mehr einzulassen. So wollen auch wir uns die Folgen der herrschenden Meinungen durch einige Beispiele vor Augen führen: [1])

Der Schreinermeister A schickt seinen Gesellen B zu dem C, der den zweiten Stock eines ihm gehörenden Hauses bewohnt, um den bestellten Tisch abzuliefern. B geht mit der grössten Fahrlässigkeit zu Werke: er rennt ein Kind des Mieters D um, dass es schwere Verletzungen davon trägt, stösst dem die Treppe herabkommenden Briefträger E ein Loch in den Kopf, beschädigt endlich auch noch einige Stühle in dem Zimmer des Vertragsgegners, wo das abzugebende

1) Für die folgenden Beispiele ist zunächst Abstand genommen von der Forderung Nussbaums, dass auch der Gegenstand des Schadens sich »innerhalb der Obligationssphäre« befinden müsse; daher gilt das hier Vorgebrachte nicht (oder doch nur bedingt) von ihm.

Möbelstück aufgestellt werden soll. An der Leistung selbst ist dagegen nichts auszusetzen: die Sache ist unbeschädigt, wurde rechtzeitig gebracht u. s. w. Soll nun der A, falls culpa in eligendo nicht vorliegt, dem D und dem E gegenüber frei sein, dagegen dem C gegenüber unbedingt nach § 278 einstehen?

Diesen Widerspruch hat schon Rümelin[1]) mit vollem Recht hervorgehoben, indem er erklärte, es sei nicht einzusehen, warum z. B. der Küfer haften solle, wenn der Geselle beim Verfüllen des Weines eine Flasche Wein stehle und nicht haften, wenn er in den Nachbarkeller hinübergreifen und dort eine nehmen könne. Der Grund, den die Motive anführten, dass die Gehilfen vom Anstellenden im eigenen Interesse und deshalb auf eigene Gefahr zugezogen würden, passe jedenfalls auch auf die ausserkontraktliche Haftung.[2]) In der That findet man es unbegreiflich, dass der Gläubiger — abgesehen von dem durch die Leistung herbeizuführenden Erfolge selbst — besser gestellt sein soll als ein beliebiger Unbeteiligter. Die Gegner werden vielleicht einwenden:[3]) der Gläubiger hat den Gehilfen des Schuldners Tür und Tor öffnen müssen; ohne das hätten sie nie den Schaden anrichten können. Also verdient er besonderen Schutz. Ich antworte darauf: Mit Nichten. Der Gläubiger hat ja auch die Gefahr »heraufbeschworen«, wenn man so sagen darf. Er kann sich

---

1) Rümelin S. 85 ff. Der Zweck dieses Vorwurfes war allerdings ein anderer als der, den ich im Auge habe. Rümelin wollte nachweisen, dass das Gesetz »zweifellose Härten und Inkonsequenzen« enthalte, während ich den Fehler in der Auslegung allein zu finden glaube. Ferner scheint er eine unbedingte Haftung in den beiden oben genannten Fällen zu empfehlen, während ich den § 831 mit seiner Exkulpationsmöglichkeit für genügend halte.

2) Auch Nussbaum S. 47 ist der Ansicht, dass man in dem Ungarschen Prinzip keine ausreichende Erklärung für den § 278 finden könne.

3) v. Liszt S. 104 in der Anm. 6: »Wenn ich mit einem Handwerker einen Vertrag über eine in meiner Wohnung vorzunehmende Arbeit schliesse, so muss ich ihm und seinem Hilfspersonal meine Räume öffnen. Er muss daher auch dafür aufkommen, dass er mir nur ehrliche Leute schickt«.

ferner regelmässig schon dadurch vor ihr schützen, dass er ihr ausweicht. So braucht er z. B. nur die zerbrechlichen Sachen aus dem Wege zu tun, wenn er weiss, dass die Maurer etwas in der Wohnung zu schaffen haben. [1]) Ein ausserhalb des Vertrages Stehender ist dem drohenden Schaden gegenüber viel wehrloser.

Noch drastischer ist das folgende Beispiel:

Ein Viehhändler X in der Stadt H kauft von dem zwei Stunden von H wegwohnenden Gutsbesitzer Y 50 Zentner Heu. Y beauftragt seinen Knecht Z mit dem Hinführen des Kaufobjektes an den Erfüllungsort H. Der Knecht lässt die Pferde fahrlässig rechts gehen anstatt auf der Mitte des Weges, und das Fuhrwerk beschädigt so grosse Strecken weit die Einfassung und reisst auch eine Menge halbreifen Obstes herunter. Nun klagen die geschädigten Besitzer, sowie der Staat wegen der Strasse, gegen den Y nach § 831, weil Z ihnen »in Ausführung der Verrichtung«, die ihm Y aufgetragen, widerrechtlich Schaden zugefügt habe. Dem Y gelingt die Exkulpation, Z hat nichts, also gehen die Betroffenen leer aus. Zufällig gehört aber eines der anstossenden Grundstücke dem X. Was ist natürlicher, als dass er nach § 278 gegen den Y vorgeht, und letzterer unbedingt zahlen muss! [2])

Der Schlossermeister A lässt seinen Gesellen B an der Dachrinne des C Ausbesserungen vornehmen. B lehnt die Leiter, auf die er sich stellt, an zwei Häuser zugleich an, so dass ein Balken den Mörtel an der Wand des C, der andere

1) Gemeint sind natürlich nicht Fälle, wo man gegen den Gläubiger bereits nach § 254 ein Mittel hat; es lassen sich aber Beispiele bilden, in denen die Gefahr dadurch abgewendet wird, dass der Empfänger der Leistung freiwillig etwas mehr tut, als unbedingt nötig ist, vielleicht die Sache vor der Türe abnimmt.

2) Es dürfte kaum bestritten werden, dass das Hinfahren des Heues ein »notwendiger Teil der Erfüllungshandlung ist«. Siehe Enneccerus-Lehmann Bd. I S. 432 ff.

den an der Wand des Nachbarn D wegstösst. Trifft den B ein Verschulden, so haftet A nach der herrschenden Lehre dem C unbedingt aus § 278, dem D nur bei eigener culpa in eligendo u. s. w. aus § 831.

Wir kommen jetzt zu einer zweiten Klasse von Beispielen, bei denen direkte Widersinnigkeiten zu Tage treten:

Die »Hilfspersonen« des § 278 decken sich, wie wir wissen, ganz und gar nicht mit den »Bestellten« des § 831. So gehört z. B. mein Freund, der die Erfüllung einer Verbindlichkeit aus Gefälligkeit mir gegenüber auf sich nimmt, zu den ersteren, nicht aber zu den letzteren. Schicke ich ihn mit einem verkauften Buche zum Studiosus Strebsam, und er wirft «in Erfüllung u. s. w.« in der Stube des Gläubigers fahrlässigerweise dessen Bierkrug auf den Boden, so hafte ich unbedingt nach § 278; gehörte jedoch der Bierkrug nicht meinem Vertragsgegner, sondern dessen Leibburschen, so bin ich vollständig frei.

§ 278 setzt ein Verschulden der »Hilfspersonen« voraus, § 831 verlangt dagegen nur objektive Widerrechtlichkeit. Verletzt also ein Schusterjunge »in Ausführung einer Verrichtung«, die zugleich »Erfüllung einer Verbindlichkeit« ist, einen am Vertrage Unbeteiligten schuldlos, so haftet der Meister doch nach § 831. Wird aber der Gläubiger selbst unter den genannten Voraussetzungen verletzt, so kann er keinen Ersatz verlangen. Nach § 278 selbstverständlich nicht, denn der fordert ein »Verschulden« der Hilfsperson. Aber auch nicht nach § 831, weil hier nach der herrschenden Lehre der Gläubiger kein »Dritter« ist, weil § 831 nur »ausserkontraktliche Schädigungen« regelt. Ausserkontraktlich aber dürfte ein Schaden doch nicht etwa der Schuldlosigkeit des Lehrlings halber werden.

Die angeführten Beispiele werden einstweilen zur Genüge dartun, dass hier etwas nicht klappt. Dieser Ansicht sind auch wohl die meisten Schriftsteller, aber nur wenige von

ihnen sprechen sich scharf aus, vor allem, wie schon oben erwähnt Rümelin[1]) und Endemann.[2]) Ob von Liszt[3]) mit seinem im »allgemeinen durchaus befriedigenden Ergebnis« fest überzeugt ist, lasse ich dahingestellt. Auch Nussbaum scheint sich über die drohenden Widersprüche klar gewesen zu sein, und hat deshalb versucht, ein Hintertürchen offen zu halten. Er fordert, dass auch der Gegenstand des Schadens sich »innerhalb der Obligationssphäre« befunden haben muss. Nussbaum hat hier entschieden den richtigen Weg betreten, der zur Lösung führt, aber die Lösung selbst hat er nicht gefunden. Dazu ist die »Obligationssphäre« noch zu unklar und zu weit. Ein Hindernis, ans Ziel zu kommen, scheint mir bei diesem Schriftsteller, wie übrigens bei vielen andern, die immer gleichsam als dogma hingenommene Auffassung zu sein, dass die §§ 278 und 831 etwas mit einander zu thun haben. Wir haben gesagt, dass die »Obligationssphäre noch zu nebelig umgrenzt ist. Das zeigt sich sofort an dem von Nussbaum angeführten Beispiel: »Jemand wird von einem Lastwagen überfahren, auf welchem sich eigene zum Transport bestimmte Waren des Verletzten befinden«. »Man nehme an, der Gläubiger, etwa ein kleiner Gewerbetreibender, habe den Fuhrmann, der Waren von ihm abgeholt, auf dem Transport begleitet. Dann wird man den Prinzipal haften lassen, wenn der Gläubiger ein der Sachlage nach berechtigtes Misstrauen gegen den Fuhrmann hegte und diesen lediglich auf dem Transport überwachen wollte, oder wenn sonst nach dem Geschäftsgebrauch und dgl. die Anwesenheit des Absenders als regelmässige Begleiterscheinung aufgefasst werden muss. Hat aber der Gläubiger den Lastwagen nur aus offenbar übertriebener Ängstlichkeit oder etwa zum Zeit-

1) Rümelin S. 89.
2) Endemann Bd. I S. 502.
3) v. Liszt S. 105.
4) Nussbaum S. 82.

vertreib begleitet, so kann er gegen den Fuhrherrn nur eine ausserkontraktliche Schadensersatzklage aus § 831 anstrengen«.

Ich will den Unterschied zwischen einem übertrieben ängstlichen und einem aus berechtigtem Misstrauen handelnden Manne noch gelten lassen. Wie ist aber in den vielen Fällen zu entscheiden, wo irgend eine Handlung des Gläubigers nicht üblich ist, wo also letzterer mit der Erfüllung ganz und gar nichts zu tun hat? Der Rentner X schläft z. B. um 2 Uhr nachmittags behaglich auf dem Sofa, als ihm plötzlich der in der Stube hantierende Tischlergeselle einen Schemel auf den Kopf fallen lässt. Soll hier der § 278 eintreten? Ist es eine »regelmässige Begleiterscheinung« des Aufstellens eines Möbels, dass sich jemand im Zimmer befindet?

Besonders bei Sachbeschädigung dürfte die Abgrenzung äusserst heikel werden. Wenn der Knecht des A dem B Kohlen bringt, wird man im Zweifel sein, ob nur der Abladeplatz eine »regelmässige Begleiterscheinung« darstellt, oder auch das Hoftor, die Umzäunung des Gartens, ein hinter dem Hause aufgehängter Teppich u. s. w. Aber selbst nach Beseitigung all dieser Unsicherheiten bliebe doch noch viel Ungerechtigkeit übrig gegenüber den am Vertrage Unbeteiligten. Nimmt der Gläubiger dem Schneiderlehrling den neuen Anzug ab, so ist er wohl »innerhalb der Obligationssphäre«. Wird er nun von dem Überbringer fahrlässig verletzt, z. B. mit einer Schnalle an der Hand geritzt, dann kann er gegen den Meister nach § 278 vorgehen. Dem Diener dagegen, der auf Befehl seines Herrn die Sache in Empfang nimmt und dabei Schaden erleidet, steht nur der § 831 offen.

Nicht besser, wie hier dem Diener, erginge es einem Knechte, den der oben mehrfach erwähnte »kleine Gewerbetreibende« aus berechtigtem Misstrauen und mithin als »regelmässige Begleiterscheinung» neben dem Wagen des Fuhrmanns herlaufen liesse.

Auch die Lehre Nussbaums hat daher bei weitem

nicht alle Widersprüche gelöst, trotzdem sie zweifellos einen Fortschritt bedeutet.

Wir stehen so einer herrlichen Blütenlese von Meinungen gegenüber, die sich zwar gegenseitig heftig befehden, die aber einträchtig zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Sämtliche Schriftsteller stützen natürlich ihre Auslegungen auf das Gesetz, welches die Selbstzufriedenen mustergültig finden, in dem die kritischen dagegen, welche die unausbleiblichen Folgen ihrer Ansicht durchschauen, den grossen Sündenbock erblicken.

Liegt das Übel nun wirklich an der Fassung der §§ 278 und 831, oder lässt sich irgend eine Interpretation geben, mit der man, ohne dem Texte Zwang anzuthun, die vorhandenen Schwierigkeiten aus der Welt schaffen kann?

C. Ich antworte darauf: Ja, eine derartige Erklärung giebt es. Sie lautet:

a) Unter »Verschulden« in § 278 ist nur ein solches zu verstehen, das die Leistung selbst beeinträchtigt oder unmöglich macht; daher tritt § 278 lediglich dann ein, wenn »mangelhaft« erfüllt wird in des Wortes eigentlicher Bedeutung.

b) Soweit der Gläubiger ausserhalb der »Leistung« Schaden erfährt, kann er nur nach dem § 831 und unter dessen Voraussetzungen Ersatz verlangen. Er ist hierin einfach ein »Dritter«, wie ich bereits früher nachzuweisen versucht habe.

Ein Beispiel wird meine Ansicht erläutern:

A hat die Maurerarbeit an der neu zu bauenden Scheune des B übernommen und erfüllt diese seine Verbindlichkeit zusammen mit 3 Gesellen. Setzen letztere die Steine schlecht, benützen sie minderwertigen Mörtel oder arbeiten sie langsam, sodass das Werk zu spät fertig wird, so hat — ein Verschulden ihrerseits vorausgesetzt — der Meister A unbedingt nach § 278 einzutreten; denn hier ist »mangelhaft« erfüllt. Ver-

letzt dagegen einer der Gesellen den Mörtel tragenden Sohn des B oder dessen Strümpfe strickende Grossmutter oder den B selber, so ist der A in all den 3 Fällen nur als »Besteller« nach § 831 verantwortlich.

Bevor ich zum eigentlichen Beweise meiner Auffassung übergehe, muss ich 2 Fragen beantworten:

1) Was ist mangelhafte Erfüllung einer Verbindlichkeit?

Eine Verbindlichkeit ist mangelhaft erfüllt, wenn der Erfolg nicht eingetreten ist, den der Schuldner dem Gläubiger herbeizuführen sich verpflichtet hat. [1])

Was im einzelnen Fall versprochen ist, bleibt natürlich Tatfrage, im Zweifel muss der Umfang nach Treu und Glauben u. s. w. bestimmt werden (§ 242). Schliesst z. B. jemand mit einem Fuhrmann einen Vertrag ab über Transportierung von 100 Zentner Kohlen, so ist regelmässig die Verbindlichkeit erfüllt, wenn die Kohlen in ordentlichem Zustande, rechtzeitig und am rechten Orte abgeliefert worden sind, mag auch das Hoftor aus den Angeln gerissen, der Gläubiger verwundet und andere Dinge mehr geschehen sein. Hier ist die Klippe, an der alle Erklärungsversuche des § 278 scheiterten. Die Schriftsteller rechneten stets zur »mangelhaften« Erfüllung auch Schädigungen des Gläubigers, die mit dem versprochenen Erfolg nichts mehr zu tun hatten, die daher auch jeden Unbeteiligten ebensogut treffen konnten als wie den Vertragsgegner. So ergab sich ein Widerspruch zwischen den §§ 278 und 831, weil man den betroffenen Gläubiger aus dem ersteren, den Unbeteiligten, der einen Nachteil erlitten hatte, nur aus dem letzteren klagen liess. [2]) Sobald man aber den Gläu-

1) Ich sehe, wie schon früher erwähnt, von dem Streit über »echte« und »unechte« Verbindlichkeit ab, und nehme daher nur zweifellose Fälle zu Beispielen.

2) Rümelin S. 87: »Man wird nicht umhin können, zur »mangelhaften Ausführung« es auch zu rechnen, wenn der Bote die abzuliefernden Objekte

biger nur bezüglich des »Leistungserfolges«, wenn ich so sagen darf, besser stellt als jeden beliebigen Menschen, ist die Schwierigkeit beseitigt; denn eine Beeinträchtigung des in Aussicht gestellten Erfolges kann einzig und allein den Vertragsgegner treffen, da das Versprochene selbst der freien Verfügung der Kontrahenten unterliegen muss und nicht in das Gebiet eines ausserhalb stehenden gehören darf. So kann sich der A verpflichten, die Wand des B zu bemalen, aber beide können nicht ausmachen, auch das Haus des C anzustreichen. Daher kann auch nur bei B etwas nicht eintreten, was nach dem Vertrage hätte eintreten sollen, nicht aber bei C.

Ich habe mit Vorbedacht die ganze Zeit das Wort »Erfolg« angewendet, weil der Irrtum der Schriftsteller zum grossen Teil auch darauf beruht, dass sie die Leistung als eine Summe von Handlungen ansehen, was ganz und gar verkehrt ist. Wenn ich dem X verspreche, seinen Acker mit Weizen zu bestellen, so hat zu einer bestimmten Zeit ein »gehörig« eingesäeter Acker da zu sein, nicht mehr und nicht weniger. Ist der versprochene Erfolg ausgeblieben, dann frägt mich der X, ob ich daran schuld sei, und um dies zu erkennen, werden meine Handlungen geprüft, aber auch nur dazu. Soweit daher das gewünschte Ergebnis durch eine Handlung nicht beeinträchtigt wird, ist diese dem X vertragsmässig vollständig gleichgiltig; er verlangte ja nicht von mir, dass ich 100 Furchen ziehen und mit der rechten Hand säen sollte, sondern er forderte einen richtig eingesäeten Acker.[1]) Der Vertrag ist also erfüllt, auch wenn 25 benachbarte Grundstücke des X, Y oder H in der jämmerlichsten Weise zer-

so auf den Boden oder auf die Treppe wirft, dass eine Beschädigung meiner Räume entsteht. Ferner wird es mangelhafte Ausführung des bestellten opus sein, wenn der Glasergeselle, der mir die Vorfenster einsetzen soll, beim Transport aus Unbedachtsamkeit eine wertvolle Spiegelscheibe einstösst«.

1) Falls Handlungen als solche gefordert werden, ist Gehilfenzuziehung regelmässig unstatthaft.

treten sind, der Gläubiger mit seiner ganzen Familie verletzt und weiss Gott, was alles noch geschehen ist.

Nun wird man aber weiter fragen: Ja, was ist denn in einem Vertrage als bedungen anzusehen? Nur das, was der Wortlaut enthält oder mehr? Braucht der Hühneraugenoperateur nur das Hühnerauge richtig herauszuschneiden, darf er mich aber am Fusse verletzen? Man wird verneinen, trotzdem der Erfolg da zu sein scheint:

Gegenstände, die notwendig bei der Ausführung zugegen sein müssen, werden im Zweifel vom Vertrage mitumfasst.

Was ich hier schreibe, ist lediglich eine Auslegungsregel. Nur im Zweifel wird man annehmen, dass sich die Parteien einen solchen Erfolg vorstellen. Ich habe also nicht etwa Nussbaums »notwendige Begleiterscheinungen« in erneuter Form vorgebracht. Ferner möchte ich das Wort notwendig »mehr« pressen als dies Nussbaum tut. So kann z. B. auch der Mensch des zwanzigsten Jahrhunderts sich nicht die Haare schneiden lassen, ohne höchstpersönlich dabei zu sein. Dagegen braucht der Gläubiger gar nicht selber seinen neuen Schrank in Empfang zu nehmen, braucht der »kleine Gewerbetreibende« nicht neben dem Wagen herzulaufen. Weil aber gewisse Objekte notwendigerweise bei jeder Erfüllung da sind, der Leistende also unbedingt mit ihnen zusammentrifft, kann man auch ferner von ihm verlangen, dass er mit ihnen gerade so geschickt umzugehen weiss, wie mit dem zu bearbeitenden Gegenstand bezw. Teil eines Gegenstandes selber.[1]) So darf

1) Auf das Wort »notwendig« ist, wie schon oben gesagt, der Ton zu legen. Es genügt natürlich schon, wenn der Verkehr etwas für notwendig hält. Ferner kann der Schuldner bezüglich weiterer Gegenstände einen besonderen Verwahrungsvertrag und dergl. mehr eingegangen haben: Der Gläubiger hat ihm die zu bearbeitende Sache in einem Korbe mitgegeben. Liegen aber ähnliche Fälle nicht vor, so ist m. E. nicht mehr ex contractu zu haften. Wirft daher der Schneider beim Überbringen des Anzugs eine neue Vase herunter, dann ist das keine Ungeschicklichkeit mehr, die das Handwerk betrifft. Sie hat folglich mit dem Vertrage, der wegen des handwerksmässigen Könnens abgeschlossen worden ist, nichts mehr zu thun.

der Reiniger von Spiegelgläsern nicht etwa die Rahmen verderben, der Buchbinder nicht das Buch, in das ein Blatt einzukleben ist. Der Haarschneider handelt vertragswidrig ebensogut, wenn der Gläubiger in die Ohren gezwickt wird, als wenn auf seinem Haupte nach der »Erfüllung« Berge und Täler zu sehen sind. Die angeführten Objekte (und Subjekte) sind eben mit der Leistung so verwachsen, dass ein Erfolg ohne ihre Unversehrtheit den Parteien undenkbar ist; daher sind sie im Zweifel einfach als vom Vertrage mitumfasst zu betrachten.

Die von mir vorgetragene Ansicht hat neben dem Hauptvorzug, dass mit ihrer Annahme allein die Widersprüche zwischen den §§ 278 und 831 verschwinden auch dem Vorzug der Möglichkeit einer relativ scharfen Abgrenzung für sich.

Ferner dürfte ich das bürgerliche Gesetzbuch auf meiner Seite haben. Wir brauchen uns nur einmal den § 341 Abs. 1 anzusehen: Hat ein Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit erfüllt, so . . . . Also »nicht gehörig« heisst vor allem nicht rechtzeitig. Mithin denkt das Gesetz hier einfach an die bekannten Erfordernisse einer guten Leistung: Richtig nach Inhalt und Umfang, rechtzeitig und am rechten Orte. Wenn es hierbei den zweiten Punkt als allein des Hervorhebens für würdig hält, so ist damit erwiesen, dass der erste viel enger sein muss, als die herrschende Lehre glaubt; denn sonst wäre er der bei weitem wichtigste. Es wird auch wohl kaum eine wegen ungehöriger Erfüllung versprochene Vertragsstrafe fällig werden, wenn z. B. ein Bäcker die bestellten 1000 Brezeln in gutem Zustand abliefert, aber dabei die Treppe beschädigt oder eine Scheibe einstösst.

Ist die ausbedungene Leistung beeinträchtigt worden, so hat der Schuldner unbedingt einzustehen, ob nun ihn selbst ein Verschulden trifft, oder eine von ihm zugezogene »Hilfsperson« oder endlich seinen gesetzlichen Vertreter. Wir kommen

damit zur zweiten Frage: 2. Wie lange ist jemand «Hilfsperson«? Die Antwort darauf lautet:

Solange er sich «in Ausführung der Leistungspflicht« befindet. Es gilt also genau das Gleiche, wie bei den Willensorganen einer juristischen Person, die »in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen« handeln müssen § 31. Ob eine Person noch »in Ausführung u. s. w.« thätig ist, entscheidet sich nach dem Gesamtverhalten, nicht nach der einzelnen Bewegung. Handelt sie ganz »exceptionell dolos«,[1]) vergiftet z. B. der Bote die abzugebenden Sachen, so ist er keine Hilfsperson mehr.[2])

Das hier Vorgeschlagene gilt auch vom gesetzlichen Vertreter, der keine Sonderstellung einnimmt, wie wir später sehen werden.[3])

D. Ich gehe jetzt über zum Beweise meiner schon oben dargelegten Auffassung: Der Schuldner hat ein Verschulden der in § 278 genannten Personen zu vertreten, soweit dadurch die Erfüllung der Verbindlichkeit eine »mangelhafte« wird. Abgesehen hiervon sind die Handlungen dieser Leute, mögen sie den Gläubiger noch so sehr schädigen, vertragsmässig gleichgiltig; es ist daher eine Klage lediglich nach § 831 und unter dessen besonderen Voraussetzungen möglich.

1) Rümelin Anm. 177, Nussbaum S. 80.

2) Ich habe oben gesagt, dass jedes Verschulden der in § 278 aufgezählten Personen zu vertreten sei, falls es die Leistung beeinträchtige. Bei meiner engen Auslegung des Ausdrucks »nicht gehörige Erfüllung« können aber Handlungen »bei Gelegenheit« nicht mehr in Betracht kommen. In der Tat waren damit lediglich Schädigungen getroffen, die nicht das Leistungsobjekt selbst angiengen, wie Bestehlen des Gläubigers und ähnliche Dinge. Ist jemand »in Ausführung der Leistungspflicht«, also »Hilfsperson«, so lässt sich eine am Erfüllungsgegenstand vorgenommene Handlung kaum jemals als »bei Gelegenheit« begangen ansehen. Wird aber gar nicht mehr »erfüllt«, dann ist ohne weiteres jedes Tun »bei Gelegenheit der Erfüllung« ausgeschlossen. Es kommen also lediglich »Ausführungshandlungen« in Betracht, aber — und hierin liegt der Unterschied meiner Ansicht von allen andern — nur soweit durch sie die »mangelhafte Erfüllung« verschuldet ist.

3) Siehe hinten S. 62 ff.

1) Der § 278 gebraucht das Wort »vertreten« und nicht »haften«, wie man bei den unerlaubten Handlungen, also auch in § 831 sagt, »Vertreten« wird aber in den §§ 265, 275, 279, 280 u. s. w. angewendet im Hinblick auf die Unmöglichkeit, in § 285 vom Verzuge, also stets, wenn eine Beeinträchtigung der Leistung in Frage steht. Warum soll der § 278, der sich mitten unter den angeführten Materien befindet, plötzlich mit demselben Ausdruck etwas ganz anderes meinen und Dinge umfassen, die mit dem ausbedungenen »Erfolge« nichts mehr zu thun haben. Dass der § 831 meiner Interpretation kein Hindernis in den Weg legt, habe ich bereits früher bei der Besprechung des Wortes »Dritte« nachzuweisen versucht.

2) Durch Annahme der von mir verteidigten Auslegung allein werden die vielen oben sub II Teil 2B behandelten Widersprüche zwischen den §§ 278 und 831 beseitigt. Man nehme nur einen jener Fälle z. B. den des Schneidergesellen, der einen neuen Anzug überbringt: Letzteren können alle beliebigen Leute abnehmen, folglich ist die Unversehrtheit des Gläubigers nicht »notwendig« zum Erfolg, mithin auch regelmässig von den Parteien nicht in den Vertrag aufgenommen. Es steht also dem verletzten Gläubiger gerade wie seinem Diener nur der § 831 offen. Ebenso machen schuldlose Handlungen einer »Hilfsperson« keine Schwierigkeiten mehr: Entweder hat die Schädigung den herbeizuführenden Erfolg beeinträchtigt, oder sie ist anderer Art. Im ersten Falle kann zwar der Gläubiger nach § 278 nichts ausrichten, aber es ist auch jeglicher Widerspruch mit § 831 undenkbar, da ein »Unbeteiligter« einem gleichen Nachteil überhaupt enthoben ist. Im zweiten Falle hat der Vertragsgegner als »Dritter« den § 831 zu seiner Verfügung.

Hier ist auf einen Punkt einzugehen, den ich bisher nur gestreift habe.

Schriftsteller der herrschenden Lehre, insbesondere die,

welche hinsichtlich der »Hilfspersonen« schon ein Verschulden »bei Gelegenheit der Erfüllung« vertreten assen, räumen dem »gesetzlichen Vertreter« eine Sonderstellung ein. Sie fühlen eben, dass man den Minderjährigen nicht gut heranziehen kann, wenn der Vormund dem Gläubiger die Uhr stiehlt oder den Cylinderhut eintreibt. So schliesst Endemann Bd. I S. 503: »Für die Hilfspersonen steht der Schuldner ein, weil er sorgfältige Erfüllung versprochen hat; für den gesetzlichen Vertreter haftet der Vertretene lediglich nach den Grundsätzen der unmittelbar wirkenden Stellvertretung. Hiernach erstreckt sich die Haftung des Vertretenen nur auf die Verletzung der Sorgfalt bei der Vertragserfüllung, nicht auf widerrechtliche Handlungen, die der Vertreter bei [Abschluss oder] Erfüllung der Rechtsgeschäfte begangen hat.« Ich will nicht entscheiden, ob der Rechtsgrund der Haftung für die Personen des § 278 ein verschiedener ist. Jedenfalls ist das »Verschulden« bei beiden das gleiche. Wer das leugnet, verstösst gegen den klaren Wortlaut des Textes: »Der Schuldner hat ein Verschulden des gesetzlichen Vertreters und der Personen . . .« Welcher Art dieses Verschulden ist, zeigen die vorhergehenden §§, wo von der Unmöglichkeit der Leistung und dgl. mehr die Rede ist. Der § 278 selbst bestimmt lediglich die in Betracht kommenden Personen; der gesetzliche Vertreter und die Leute, deren man sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, sind hier nebeneinander aufgeführt. Es ist also die reine Willkür, wenn man den Schuldner für die zwei Klassen in verschiedenem Umfange einstehen lassen will. Eine solche Ansicht lässt sich m. E. nicht einmal für den Entwurf I aufrechterhalten; denn auch dort wäre sie höchsens aus den Worten »in Ansehung der Erfüllung« abzuleiten, die man auf den gesetzlichen Vertreter allein beziehen könnte. Die Motive II S.S. 29 und 30 verwenden jedoch den genannten Ausdruck von allen in § 224 Abs. 2 aufgeführten Personen. Jedenfalls ist das »Verschulden« nach der

heutigen Fassung unseres Gesetzbuchs in beiden Fällen das gleiche.[1]) Die Schriftsteller, welche entgegen dem Text eine Unterscheidung machen müssen, bekunden dadurch das Unhaltbare ihrer Ansicht. Bei meiner Interpretation braucht man die verschiedene Behandlung nicht, ein Beweis mehr für die Richtigkeit derselben.

3) Ich habe oben gezeigt, wie die Bevorzugung des Gläubigers gegenüber Unbeteiligten bei Schädigungen, die nicht die Leistung selbst beeinträchtigen, der Gerechtigkeit in keiner Weise entspricht. Es ist jetzt nachzuweisen, dass auch der Billigkeit gegenüber dem Schuldner besser gedient ist, wenn man scharf trennt zwischen dem benachteiligten Vertragsgegner als solchem (§ 278) und einer geschädigten »dritten« Person, die nur zufällig Gläubiger ist: Der Möbelhändler A, welcher seinen Burschen mit einem Schranke zum Käufer B schickt, weiss immer, wie gross das mit der Gehilfenzuziehung verbundene Risiko ist. Beläuft sich der Wert des abzuliefernden Gegenstandes auf 500 Mark, so ist die Gefahr vorhanden, die genannte Summe einzubüssen, eventuell ein höheres, aber doch regelmässig übersehbares positives oder negatives Interesse. Bei geringerem Werte wird auch das Wagnis im allgemeinen entsprechend kleiner sein. Aber auch der Gewinn, den man aus einem Geschäfte zieht, hängt im Grossen und Ganzen von denselben Faktoren ab, wie der drohende Verlust. Wir haben also hier ein ganz ideales

1) In den Mot. II S. 31 steht allerdings »Haftung des Vertretenen, besonders Geschäftsunfähiger, für Delikte des gesetzlichen Vertreters (des Vormundes) ist dem Entwurfe unbekannt. Ausnahmen in gewissem Sinne enthalten die §§ 46, 61«. Hieraus ist jedoch nicht zu schliessen, dass man etwa für »Hilfspersonen« nach § 224 Abs. 2 [§ 278 B.G.B.] in der oben erwähnten strengen Weise einstehen müsse. Das Ganze ist vielmehr nur geschrieben, weil der gesetzliche Vertreter in den §§ 711 und 712 [§ 831] im Gegensatz zu § 224 Abs. 2 keine Aufnahme gefunden hat. Diese Auslegung ergiebt sich aus dem Satze 2: In den §§ 711 und 712 haftet das Mündel nicht, der »unmündige« Verein aber muss »ausnahmsweise« einstehen [Stellvertretungstheorie!].

Verhältnis zwischen Vorteil und Nachteil. In Anbetracht dessen, in Anbetracht ferner der Voraussehbarkeit des Schadens kann man eine strenge Haftung befürworten. Bedenkt man noch, dass die »Hilfspersonen« den Schuldner gleichsam verdoppeln, verdreifachen, dass er durch sie Vorteile erlangt, wie sie nur zwei, drei und mehr Personen zusammen erreichen könnten, so kann man ihm auch die entsprechenden Nachteile auferlegen. Ein unbedingtes Eintreten für das Verschulden dieser Leute, soweit es die Leistung beeinträchtigt, ist daher vollständig am Platze (§ 278).

Ganz anders steht es mit dem Schaden, der dem Gläubiger sonst wie zugefügt wird z. B. »bei Gelegenheit der Erfüllung«. Hier ist einmal die Grösse der Gefahr vollständig unbestimmbar. Ob der Geselle einen Stuhl des Vertragsgegners beschädigen wird oder zwanzig, ob er einen Spiegel zerschlagen wird oder ein halbes Hundert, das kann der Meister mit dem besten Willen nicht vorher sagen. Zweitens steht der herbeigeführte Nachteil in gar keinem Verhältnis zu dem Werte des Leistungsgegenstandes und damit zum Vorteil, den man aus dem Geschäft erwartet. Ein Bäckerlehrling, der morgens die Kaffeebrötchen in Dutzende von Häusern trägt, kann dabei weit mehr Unheil stiften, als der Zahlbote eines Grosshändlers mit vielen Tausenden in der Tasche, die aber nur für ein paar Leute bestimmt sind, so dass bei der »Erfüllung« nur wenig Wohnungen betreten zu werden brauchen. Die kleinen Handwerker schwebten ständig in der Gefahr, ihr ganzes Vermögen schuldlos zu verlieren wegen irgend eines dummen Streiches eines Gesellen. Aus besagten Gründen empfiehlt sich hier die Haftung für fremde Schuld nicht, wohl aber die für eigene culpa in eligendo sive in custodiendo. Dieser Erwägung ist auch das bürgerliche Gesetzbuch gefolgt. Es lässt der § 831 den Geschäftsherr haften für allen Schaden, den der Bestellte in Ausführung der Verrichtung einem »Dritten« widerrechtlich zufügt, falls nicht nachweislich bei der Auswahl u. s. w.

die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet worden ist. Zu den »Dritten« gehört aber, wie ich schon einige Male gezeigt habe, auch der Gläubiger, wenn ihn die »Hilfsperson« »bei Erfüllung der Verbindlichkeit« geschädigt hat.

Hiermit habe ich die Besprechung der für meine Auslegung ins Feld geführten Gründe erledigt. Im Folgenden behandle ich auch die Tatsachen, welche man eventuell gegen mich vorbringen könnte. Auf die heutige Fassung des § 278 dürfte sich nicht leicht einer meiner »potentiellen« Gegner berufen, dagegen um so mehr auf Vorarbeiten, Entwürfe, Reichsgesetze und dgl. Wenigstens stammen sämtliche von mir bis jetzt aufgetriebenen »Vorwürfe« aus den genannten Materien. Wenn aber die Auslegung auf Grund der Motive zu einem Widerspruch im heutigen Gesetz führt, die Auslegung ohne Motive nicht, wenn man ferner die Wahl hat, den § 278 in Einklang zu bringen mit einem andern § des B.G.B. oder aber — auf Kosten dieser Übereinstimmung — mit einem beliebigen Reichsgesetz, so dürfte in beiden Fällen die Entscheidung unschwer zu geben sein: dem heutigen Texte müssen die Vorarbeiten weichen, der Harmonie des Systems die ausserhalb stehenden Gesetze. Wir werden aber sehen, dass die »Vorwürfe« noch obendrein sämtlich unhaltbar sind. Die härteste Arbeit haben mir die Schriftsteller selbst abgenommen, indem jede der beiden Gruppen die von der Gegenseite angeführten Einwände zu widerlegen versucht hat. Es kann sich also im Folgenden nur noch um wenige Punkte handeln, die entweder im Kampfgewühl übersehen worden sind oder speziell gegen meine Ansicht ins Feld geführt werden könnten.

1) Endemann Bd. I S. 496 ff. behauptet, der § 278 müsse auch auf den Diebstahl die »betrügerischen Manipulationen« u. s. w. der Hilfspersonen angewandt werden, denn der bei ihm zum Muster genommene Art. 1384 C.C. handle überhaupt nur von der Haftung für unerlaubte Handlungen.

Demgegenüber führe ich Dernburg Bd. II S. 144 an, der sagt: »Auch das bürgerliche Gesetzbuch lehnt das System des code civil ab«. Aber selbst wenn man den Art. 1384 als Vorbild zu § 278 betrachten will, braucht man noch lange nicht so weit zu gehen wie Endemann. An dem französischen Recht gefiel uns vor allen Dingen die absolute Haftung, und die hat der § 278 angenommen. [1]) Ferner können bei ihm sehr wohl Delikte in Betracht kommen, wenn auch nur, soweit sie den Erfolg beeinträchtigen: Der Gärtnerjunge z. B. isst das verkaufte Obst auf. Weiter aber kann von einem Einfluss des Art. 1384 nicht die Rede sein; behandelt er ja doch die verschiedenartigsten Sachen, die heute vornehmlich in den §§ 831 und 832 zu finden sind.

2) Der § 431 des H.G.B., der ganz ähnlich gefasst ist wie der § 278 des bürgerlichen Gesetzbuchs wird in der Denkschrift zum Entwurf § 405 S. 261 [2]) folgendermassen begründet: »durch den § 278 B.G.B. wird der Art. 400 a. H.G.B. nicht vollständig ersetzt. Denn nach letzterem haftet der Frachtführer, wie in Rechtsprechung und Wissenschaft anerkannt ist, für seine Leute auch dann, wenn eine Handlung in Frage steht, die der Angestellte nicht unmittelbar bei Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen vorgenommen hat«. Also könnte man schliessen, haftet der Schuldner nach § 278 für Handlungen, die unmittelbar bei der Ausführung vollbracht worden sind oder kurz gesagt für »Erfüllungshandlungen«. [3]) Aber die Denkschrift lässt sich m. E. ganz anders

---

1) Unbedingt haften übrigens auch im code civi, art. 1384 nur die maîtres et commettants, während den instituteurs, artisans und père et mère der Nachweis gestattet ist, qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

2) Citiert bei Nussbaum S. 77. Der § 431 H.G.B. lautet: Der Frachtführer hat ein Verschulden seiner Leute und ein Verschulden anderer Personen, deren er sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.

3) Dieser Ansicht scheint auch Nussbaum S. 77 zu sein.

erklären: Auch im Handelsrecht wird lediglich das Verschulden vertreten, welches den »Erfolg« beeinträchtigt, nicht die einzelnen Bewegungen als solche. Der Unterschied vom bürgerlichen Gesetzbuch ist der, dass hier der Schuldner sich jemandes »zur Erfüllung« bedient, also die zu leistende Sache der Hilfsperson anvertraut haben muss, während dort der Frachtführer schon einzustehen hat, wenn die Ware auf irgend welche Art und ganz ausser Zusammenhang mit der Erfüllung beschädigt worden ist. Der Fuhrknecht stösst z. B. am Sonntag beim Umherschlendern in der Lagerhalle einen Sack um. Nicht dem Verschulden ist daher § 431 H.G.B. gewidmet, sondern der Hilfsperson; es ist eine dem § 278 unbekannte Klasse eingeführt, »seine Leute«, deren Verschulden immer zu vertreten ist, mögen sie nun noch einmal speziell zur Ausführung zugezogen worden sein oder nicht. Daraus erklärt es sich, dass die Haftung scheinbar weiter geht als in § 278. Meine Ansicht wird durch die Denkschrift bestätigt. Es heisst in ihr nicht »haftet für Handlungen« sondern »haftet, wenn eine Handlung in Frage steht«. Ich sehe nicht ein, wozu man diesen verzwickten Ausdruck gewählt hat, wenn damit nicht gesagt werden soll, was ich stets wiederhole: Der Erfolg ist zu vertreten, und die Handlungen kommen nur soweit in Betracht, als sie ihn vereiteln.

3) Der § 224 Absatz 2 des ersten Entwurfes zum bürgerlichen Gesetzbuch lautet: »Der Schuldner haftet in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens. . . .« Nimmt man an, dass der heutige § 278 die sachliche Wiedergabe des alten § 224 Absatz 2 ist, dass also der Inhalt der beiden §§ sich deckt, so muss auch jetzt noch »in Ansehung der Erfüllung« gehaftet werden.

Es wird deshalb gut sein, einmal zu fragen, was denn dieser Ausdruck bedeutet. Die Schriftsteller scheinen ihn fast durchweg als Umschreibung des Satzes: »Der Schuldner

haftet für Erfüllungshandlungen« anzusehen.[1]) Eine solche Auslegung wäre zulässig, wenn geschrieben stünde: »Haftet für ein Verschulden in Ansehung der Erfüllung«. Es heisst aber: »Haftet in Ansehung der Erfüllung für ein Verschulden«. Mithin ist nicht das Verschulden näher bestimmt durch einen Zusatz, sondern die Haftung: Der Schuldner muss eintreten, soweit die in § 224 Absatz 1 behandelte Erfüllung mangelhaft wird, mit andern Worten, soweit der versprochene Erfolg nicht eintritt. Ob dabei ihn, den Leistenden ein Verschulden trifft oder seine Hilfsperson ist gleichgültig. Alle sonstigen Delikte und Dummheiten der Hilfsperson, die auf die Leistung keinen Einfluss haben, mögen sie »Erfüllungshandlungen« sein oder nicht, sind vertragsmässig ohne Belang; es wird ja nur gehaftet »in Ansehung der Erfüllung«.

4) Die Motive[2]) sprechen von einem »strengeren Standpunkt« des modernen Rechts: »Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in diesem Versprechen auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsmässige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist«. »Also ordnungsmässig sollen sich die Hilfspersonen verhalten«, höre ich die Gegner sagen, »das thun aber doch wohl die nicht, die den Gläubiger bestehlen, verletzen und dergl.» Allerdings nicht, und trotzdem lagen den Motiven ähnliche Fälle keineswegs am Herzen. Ihnen war es vielmehr darum zu thun, den romanistisch geschulten Juristen und den deutschen Bürgern überhaupt, die absolute Haftung, die Haftung ohne Möglichkeit

1) So besonders Rümelin S. 88, Kuhlenbeck Teil II S. 62, Oertmann zu § 278 Z. 3a, Nussbaum S. 74. Eine beachtenswerte Stellung nehmen auch Müller und Meikel ein Bd. I S. 165 allerdings ohne nähere Begründung: »und tritt nur ein, wenn ein Verschulden in Ansehung der schuldnerischen Verbindlichkeit, also insbesondere bei der Erfüllungshandlung vorfällt«.

2) Motive II S. 30.

einer Exculpation gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Der Schuldner soll unbedingt für die Hilfspersonen eintreten, wenn durch ihr »ordnungswidriges Verhalten« die Erfüllung Not leidet, aber nicht für unerlaubte Handlungen als solche. Dies geht klar aus Folgendem hervor: α) Die Motive sind zum ersten Entwurf geschrieben, welcher noch von Haftung in Ansehung der Erfüllung spricht. Nun bedeutet aber dieser Ausdruck selbst nach der herrschenden Meinung, die ich oben bekämpft habe, keineswegs, dass der Schuldner für jedes ordnungswidrige Verhalten einzutreten hat; er wird im Gegenteil als beschränkend aufgefasst. In der That ist »ordnungsmässig« nicht ein Wort aus dem Sprachschatze der Polizei, sondern einfach die Übersetzung des guten alten diligens: [1]) Die Hilfspersonen sollen in Bezug auf die Leistung ebenso diligentes sein, wie man es von dem Schuldner selbst verlangen würde. β) In den Motiven II S. 30 ist zu lesen, dass man durch die Annahme der strengeren Haftung der Notwendigkeit enthoben sei, eine erhebliche Zahl von Spezialbestimmungen zu treffen, welche bei Einführung des »abgelehnten Prinzips« aufzustellen nötig gewesen wäre. Was ist das »abgelehnte Prinzip«? Das Verschuldungsprinzip; dies geht aus dem Zusammenhang der angegebenen Stelle klar hervor. Mithin ist die strengere Haftung nichts Anderes als das Eintreten des Schuldners ohne eigene culpa in eligendo oder in custodiendo. Darum dreht sich die ganze Ausführung, nicht um die Art des Verschuldens.

III. § 278 und 831.

Das Ergebnis unserer Betrachtung ist kurz folgendes:

1) § 278: Wird die versprochene Leistung unmöglich oder beeinträchtigt, so muss der Schuldner dafür einstehen,

1) Vergleiche z. B. den § 1039: »ordnungsmässige Wirtschaft«, den § 1374: »ordnungsmässig zu verwalten« u. s. w.

gleichgültig, ob er es verschuldet hat, oder sein gesetzlicher Vertreter oder eine Hilfsperson. Die Leistung ist als etwas Fertiges zu vertreten als ein »Erfolg«; daher kommen Handlungen als solche überhaupt nicht in Betracht, mögen sie auch Erfüllungshandlungen sein. Was zum »Erfolg «gehört, haben wir oben sub II, Teil II, C gesehen. Hier ist nur noch einmal darauf hinzuweisen, dass der »Erfolg« nie auf dem Gebiete eines Unbeteiligten liegen kann, dass Letzterer also unter keinen Umständen einen Nachteil in dieser Richtung erleidet. Damit sind die bekannten Widersprüche des § 278 mit § 831 erledigt.

2) § 831: Bestellt jemand einen Andern zu einer Verrichtung z. B. zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, und der Bestellte fügt in Ausführung der Verrichtung einem »Dritten« widerrechtlich Schaden zu, so haftet der Geschäftsherr lediglich für eigene culpa in eligendo oder in custodiendo. Zu den »Dritten« gehört auch der Gläubiger auf die Verbindlichkeit.

Welches ist nun die Stellung des § 278 zu § 831?

Der § 278 ist weder eine Ausnahme zu § 831, noch § 831 eine Ausnahme zu § 278.[1]) Beide stehen auf ganz verschiedener Grundlage; der eine behandelt das unbedingte Eintreten für die versprochene Leistung gegenüber dem Gläubiger, der andere die Haftung für Delikte bestellter Personen gegenüber allen Rechtssubjekten. Die zwei §§ haben absolut nichts miteinander zu thun. Dies ergiebt sich schon aus einer flüchtigen Gegenüberstellung:

α) Der »Geschäftsherr« des § 831 umfasst einerseits mehr wie den »Schuldner des § 278, da er auch auf thatsächliche Verrichtungen geht; andererseits ist »Schuldner« weiter als »Geschäftsherr«, denn meinem Freunde gegenüber bin ich nicht Besteller im Sinne des § 831, wohl aber muss ich für ihn nach § 278 eintreten.

1) Siehe auch Feder S. 89 ff.

β) Nicht alle Personen des § 278 sind Bestellte nach § 831, vor allem nicht der gesetzliche Vertreter. Umgekehrt gehören nicht alle »Bestellten« des § 831 unter § 278; ich erinnere nur an den Knecht, der die Pferde seines Herrn füttert.

γ) Der § 278 lässt fremdes Verschulden vertreten, fordert daher Deliktsfähigkeit der »Hilfspersonen«. In § 831 braucht der Bestellte nicht deliktsfähig zu sein im Gegensatz zum Besteller, welch letzterer ja für eigene Schuld haftet.

Wir haben also in den beiden §§ andere Personen, die einstehen, andere Personen, für die man einsteht, endlich andere Voraussetzungen der Haftung. Zwei Dinge lassen sich aber als Ganze unmöglich vergleichen, wenn das eine in seinen Eigenschaften teils enger ist als das andere, teils weiter, so dass alles kreuzweise durcheinander läuft.

Wenn die §§ 278 und 831 unter sich unvergleichbar und unabhängig sind, so ist damit keineswegs gesagt, dass sie nicht auch hie und da dasselbe Gebiet berühren können. Ich habe diese Frage in den sub II, Teil II C gegebenen Ausführungen vorsätzlich bei Seite gelassen. Handelt es sich dort ja um die enge oder weite Auslegung des § 278; letzterer ist, wie wir sahen, nur verwendbar bei »vertraglicher« Schädigung in des Wortes eigentlicher Bedeutung. Wieweit der § 831 geht, blieb unberücksichtigt; es wurde lediglich gezeigt, dass er mindestens alle die Fälle deckt, welche ich dem § 278 entzogen wissen will. Nun ist die Frage: Umfasst der § 831 auch Schädigungen, für die man schon den § 278 zur Verfügung hat? Die Sache hat praktisch kaum Bedeutung, weil derjenige, welcher unbedingtes Eintreten nach § 278 verlangen kann, sich nicht mit dem ihm ungünstigeren § 831 befassen wird. Es kann kein Zweifel sein, dass der § 831 in den erwähnten Fällen gilt, falls nur s e i n e Voraussetzungen, insbesondere Bestellung, vorliegen. Aus § 278 ist eine Be-

schränkung wegen der Ungleichartigkeit der zwei §§ nicht abzuleiten, und der § 831 selbst spricht, wie wir früher sub I zeigten, durchaus für unbegrenzte Auslegung. Der Betroffene hat also bisweilen die Wahl, als »Dritter« zu klagen (§ 831) oder als »Gläubiger« (§ 278).

Das Ergebnis lautet:

Die §§ 278 und 831 stehen völlig selbständig nebeneinander. Jeder von ihnen ist anwendbar, sobald s e i n e Voraussetzungen erfüllt sind unbekümmert um den andern.